



EB 2018/044

Resolución 067/2018, de 22 de mayo de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CEE, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de céspedes, jardines, árboles y zonas verdes municipales de Legazpi”, tramitado por el Ayuntamiento de Legazpi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de abril de 2018, la empresa INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CEE, S.L. (en adelante, INTEGRA) interpuso, en el registro del órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de céspedes, jardines, árboles y zonas verdes municipales de Legazpi”, tramitado por el Ayuntamiento de Legazpi.

SEGUNDO: Con fecha 13 de abril de 2018 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), los cuales entraron en el registro del OARC / KEAO el día 17 de abril.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de abril, se han recibido el día 24 de abril las alegaciones de GUREAK BERDEA, S.L.U., adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 27 de enero de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 9 de abril, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.



SEGUNDO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de D.B.D.P, que actúa en su nombre.

TERCERO: Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios de valor estimado superior a los 100.000 euros.

CUARTO: Según el artículo 44.2 c) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación.

QUINTO: El recurso está interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Legazpi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Según consta en el expediente, la adjudicataria GUREAK BERDEAK incorporó las mejoras ambientales en el sobre B; dado que dichas mejoras son un criterio de apreciación automática, debieron figurar en el sobre C, por lo que la Mesa de Contratación decidió no tener en cuenta las citadas mejoras medioambientales. El recurrente estima que la oferta debió ser excluida por incumplir el artículo 150.2 del TRLCSP y demás normas que establecen la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y los aplicables mediante fórmulas.

b) Consecuentemente, la recurrente solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, la exclusión de la oferta de GUREAK BERDEA y la adjudicación del contrato en su favor.



OCTAVO: Por su parte, GUREAK BERDEA alega lo siguiente:

- a) La cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que la descripción y las características técnicas de la maquinaria (incluso los vehículos) debía incluirse en el sobre correspondiente a los juicios de valor como parte de la memoria técnica; a su vez, la misma cláusula establecía como criterio de apreciación automática el “% de vehículos EURO 5 o superior” que el licitador adscriba al contrato. Por ello, los propios pliegos piden incluir en ambos sobres información coincidente (como, por ejemplo, la información sobre la homologación de los vehículos conforme a la norma europea sobre emisiones contaminantes). Aún en el caso de que se entendiera que se debía haber omitido la homologación de los vehículos en la memoria técnica, hay que tener en cuenta que con la información que la cláusula 16 pedía incluir en el sobre B, era fácil obtener el dato concreto de la citada homologación, por ejemplo, en el sitio web del fabricante de los vehículos. Por todo ello, no procedía la exclusión de la oferta del adjudicatario. Análoga observación se puede formular en relación con la documentación de los criterios de adjudicación “los aceites lubricantes de motor para los motores a 4 tiempos (los de vehículos) tendrán un contenido mínimo de aceite base regenerado de 25%: 1 punto” y el “empleo de cajas reutilizables para el suministro de plantas”. En ninguno de los tres casos se advertía expresamente en los pliegos de que no se introdujera en el sobre de criterios discrecionales la información referida a estos criterios automáticos.
- c) No se ha producido un perjuicio material y no meramente formal a la objetividad de la valoración, por lo que no procede la exclusión de la oferta, que sería una medida desproporcionada. A la misma conclusión se llega a la vista de las circunstancias concurrentes, tales como que el problema ha sido originado por la propia configuración de los pliegos o el escaso peso relativo de los criterios implicados.



NOVENO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando que, para adoptar una medida de exclusión de la oferta, debiera constar la vulneración efectiva, en este caso concreto, del secreto de la proposición, lo que aquí no se da; cita en su apoyo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 15/12/2014 (RJCA 2015/164). En este sentido, se alega que no se ha conocido prematuramente la oferta económica y que la adjudicataria no se ha beneficiado por la introducción de datos relativos a criterios de apreciación automática en el sobre correspondiente a los criterios de apreciación subjetiva, sino que, por el contrario, le ha supuesto la no valoración del criterio afectado.

DÉCIMO: El único argumento que funda el recurso y del que se concluye que la oferta de GUREAK BERDEA debió ser excluida es la infracción de la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y los evaluables mediante fórmulas, exigida por los artículos 150.2, párrafo tercero, del TRLCSP y por el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en los que se establece, respectivamente, que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en los que no concurra esta circunstancia (...)», y que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.» Sobre esta cuestión, el OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 74/2017) que «la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones



resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.» La sanción al licitador que infringe materialmente esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador (o el peso relativo del criterio afectado) y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo sobre dicha objetividad.

En el presente caso, se observa que el adjudicatario impugnado ha introducido en el sobre correspondiente a los criterios evaluables de forma no automática (página 144) un epígrafe 10.2 titulado “Ebaluatzeko irizpideak” en el que hay una clara y ordenada expresión de los tres aspectos de “Mejoras medioambientales” establecidos en el punto 16 del PCAP como criterios de evaluación automática, es decir, el suministro de plantas en cajas reutilizables, el porcentaje de vehículos EURO 5 o superior y los aceites lubricantes de motor utilizados. La completa identidad entre el contenido de esta página y los criterios debatidos, tal y como los describe el PCAP, y la inequívoca intención del licitador de que dicho contenido (que, además, no se repite en el sobre de criterios de aplicación automática) sea tenido en cuenta precisamente a los efectos de la aplicación de los citados criterios descarta que, como afirma GUREAK BERDEA, la introducción errónea de los datos pueda atribuirse a una redacción ambigua o contradictoria de los pliegos. Por todo ello, no cabe duda de que la infracción del secreto de la oferta es material y no puramente formal o irrelevante, pues se han desvelado prematuramente aspectos que debieron ser desconocidos hasta la apertura de la documentación de los aspectos sujetos a valoración automática. Consecuentemente, el motivo de impugnación debe prosperar y conllevar la exclusión de la proposición del adjudicatario, sin que



quepa, como ya se ha dicho anteriormente y como pretende la Administración, graduar este resultado; en este sentido, debe señalarse que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 15/12/2014 (RJCA 2015/164) que cita para cualificar la infracción de meramente formal se refiere a un procedimiento negociado en el que los pliegos preveían la presentación y apertura conjunta de todos los sobres en un solo acto, por lo que no se trata de un caso análogo al analizado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CEE, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de céspedes, jardines, árboles y zonas verdes municipales de Legazpi”, tramitado por el Ayuntamiento de Legazpi, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones y la exclusión de la oferta de la adjudicataria impugnada.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que informe a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko maiatzaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de mayo de 2018